رسالة في القضاء
لابن الغرس
رحمه الله
آمين

المسماة بالفواكه
البدرية

٥٤٧

بسم الله الرحمن الرحيم وما توفيقي الا بالله عليه توكلت واليه انيب
قال الشيخ الامام العلامة الحجة بدر الدين عالم المسلمين ابو اليسر
محمد بن الغرس الحنفي عامله الله بلطفه الخفي امتع الله الوجود بوجوده
وافاض علينا من فضله وجوده اما بعد حمد الله الذي اذا قضي لطف
وللمعقب لما حكم والصلاة والسلام علي رسوله المبعوث بحكم الدعوي
الي الحق ومعظم الحكم احمد العالمين محمد المحمود في جميع اقواله وافعاله
وعلي العامة والخاصة من اصحابه واله فقد كنت ابتليت بشئ من
الحكم قبل التصور وكدت لذلك ان اخذ بحظ وافر من الهذر والتهور
الي ان توجه الفكر بتوفيق الله سبحانه وتعالي الي تحصيل بعض الغرض
من هذا الباب ومن اجل النعم في النظريات الشرعية الهام الصواب
فنظمت هذين البيتين ضبطا لاطراف القضايا الحكمية وجمعا الابواب
الحوادث الشرعية ورتبت فصول هذه التعليقة المباركة علي النسق
الذي اتفق في النظم ليناسب التاصيل التفريع في الترتيب ويطابق
الصدر العجز من حيث وضع التبويب والي الله الملجا من تحول قضائه
واساله اتمام النعمة بالهامي شكر نعمائه والتبيان

أطراف كل قضية حكمية • ستلوح بعدها التحقيق
حكم ومحكوم به وله • ومحكوم عليه وحاكم وطريق

الفصل الاول في الحكم ويقال علي معان بالاشتراك اللفظي الاول
اسناد امر الي اخر ايجابا او سلبا الثاني ادراك ان النسبة واقعة

او

اوليست بواقعة الثالث خطاب الله تعالي المتعلق بافعال المكلفين
بالاقتضاء او التخيير او الوضع الرابع اثر الخطاب الثابت به كالواجب
والحرام والصحة والفساد وجميع المسببات الشرعية عن الاسباب
الشرعية الخامس المعني اللغوي الذي هو الفصل والبت والقطع
علي الاطلاق السادس بمعني الحكمة السابع قضاء القاضي وهو
المقصود بالذات ههنا ويعرف بانه الالزام في الظاهر علي صفة
مختصة بامر ظن لزومه في الواقع شرعا والمراد بالالزام في التعريف
المذكور التعبير التام سواء كان الجاء الي فعل او ترك او اظهار ثبوت
معني في محل الي غير ذلك فهو في التعريف بمنزلة الجنس وقولنا في
الظاهر هو فصل احترز به عما الزم به الشرع في نفس الامر بدون
القاضي لان ذلك الالزام راجع الي المعني الذي هو خطاب الله
وقولنا علي صفة مختصة فصل احترز به عن مطلق الالزام اذ المعتبر
ههنا بالصيغة الشرعية كالزمت وحكمت وقضيت وانفذت عليك
القضاء واما قوله ثبت عندي فموضع نظر وسيأتي بيانه ان شاء
الله تعالي وقولنا بامر ظن لزومه في الواقع شرعا فصل احترز به
عن الجور والتشهي وما في معني ذلك ومعني في الظاهر في الصورة
الظاهرة والاشارة بذلك الي ان القضا مظهر في التحقيق للامر
الشرعي لامثبت له وما نقلوا عن الحنفية من ان القضا مثبت اخذا
من قول الامام رحمه الله تعالي بنفوذ القضا ظاهرا وباطنا في

تعريف الحكم بمعني قضا القاضي

مطلب القضا مظهر لا مثبت

العقود والفسوخ بشهادة الزور فنهم قاصر الامر الشرعي في مثل
ذلك ثابت تقديرا والقضاء يقرره في الظاهر لان القضاء اثبت امرا
لم يكن وقد يجعل المعدوم موجودا والموجود معدوما بالاعتبار
الشرعي ولهذا قالوا بوجود الدخول حكما في الحاق نسب ولد
المشرقية بالمغربي واكتفي بذلك الجعل والتقدير بالامكان واجري
الممكن مجري الواقع والسبب الملجي الي ذلك التقدير والاعتبار
لزوم الفساد على تقدير اعتبار الاصل وهو عدم الدخول والمشي على الظاهر ففي مسئلة
المشرقية التسبب في هلاك الولد بانتفاء النسب من الوالد وقد
وجد العقد المفضي الي تقرير النسب وثبوته فتقدير الدخول مع امكانه
العقلي فضلا عن العادي اولي من التسبب في الهلاك بانتفاء النسب
من الكاسب وفي القضاء علي الوجه المذكور جعل قضاء القاضي
عرضة للنقض المستلزم لمفاسد توجبها اوهام العامة وجريان
ذلك العقد او الفسخ ممكن في الواقع ويستوضح لذلك بان الشهود
اذا رجعوا بعد الحكم ضمنوا ما تلف بشهادتهم ولم ينقض الحكم ولا يخفي
ان الرجوع عن الشهادة غير بعيد من شهادة الزور ولهذا اذا رجعوا
بعد الحكم بالحد سقط الحد والمراد بالامر في التعريف مورد القضاء
ومتعلقه وهو المحكوم به ويصدق علي جميع افراده من فعل المحكوم
عليه او تركه او مايقع عليه فعله من ايقاع التاديب في حد او تعزير
او آلة ازهاق في حد او قصاص او تقرير معني في محل قابل له شرعا

كالعتق والرق والحرية وملك الرقبة واليد الي غير ذلك والمراد
بالظن ظن من له اهلية ذلك ومعني في الواقع في نفس الامر
ولم يعتد بظن الملتزم لانه قد يكون مقلدا محضا والعبرة انما هي
بظن المجتهد المطلق المفيد فاما المقلد فظنه تابع لظن المجتهد
الذي هو المناط فان قيل هذا التعريف غير منعكس لخروج
القضا بقطعي فلا يكون جامعا كما اذا اقضي بالحرية مثلا
اجيب بانه لابد للقاضي في كل قضية حكمية من الظن ولا يتصور
القطع المحض فقط لان الظن حاصل لامحالة اما في المقضي
به او في متعلقه او في طريقه او في متعلقها وهذا باب واسع
فليتدبر ويوضحه انا نقول فيما اذا قضي بعلمه في عبد بالعتق
الاعتاق وان ثبت اثره بالشرع قطعا في المعتق انما يكون ذلك
في نفس الامر اذا وجد من الاهل في المحل اما بالنسبة الي القاضي
في خصوص شخصية فلا يمكن القطع بذلك لجواز تقدم الاعتاق
في هذه الصورة او ان المعتق لم يصح ملكه للمعتق او ان يكون
حر الاصل الي غير ذلك من الاحتمالات التي وان بعدت ينتفي معها
اليقين هذا اذا اريد بالقطعي في الايراد اليقيني او ما هو اعم منه
ومما كان الظن به غالبا والا فلا يرد وكذا لا يرد اذا قلنا المراد
بالظن في التعريف ما هو اعم ليصدق بالقطع فيقال في المقطوع
به انه مظنون فان الفقهاء يتساهلون في مثل هذه الاطلاقات

الثبوت

حتى انهم يطلقون العلم ويريدون الظن واما الثبوت فقد
قال علماؤنا قول القاضي ثبت عندي حكم وعُرف المتشرعين والموثقين
الآن علي ان الثبوت ليس بحكم بدليل تقسيم الثبوت الي ما اقترن به الحكم
وما كان مجردا وبدليل قولهم في التسجيل ولما ثبت عنده حكم والتعارف
في ذلك غير مختص بمذهب بل نسبته من حيث الاستعمال الي جميع المذاهب
واحدة كما هو ظاهر وقد فصل بعض المتاخرين فقال ما معناه
ان الثبوت اذا وقع علي السبب لايكون حكما كما اذا قال ثبت عندي
جريان العقد من المتعاقدين وان وقع علي المسبب كان حكما
كما اذا قال ثبت عندي ملكه لكذا وهو قول متوجه لو تم وجهه
ولكنه لايتم بيانه ان كلا من السبب والمسبب اذا كان له صلاحية
الدخول تحت الحكم والثبوت له صلاحية ان يكون حكما فما
وجه التخصيص والوجه في التفصيل ان يقال ان وقع
الثبوت على مقدمات الحكم او بعضها فليس بحكم والا فهو
حكم ومثال ذلك ان الدعوى اذا حصلت عند القاضي في عقد
تبايع وكان المقصود من تلك الدعوى في تلك الحادثة انما هو
الحكم للمشتري علي البائع بالملك في العين المبيعة وقال المسجل
ثبت عند القاضي جريان العين في تلك البائع ويده الي حين
البيع واعذار المتعاقدين او ان المبيع معتذر التسليم او ان العقار
بالصفة المسوغة الاستبدال او ان اليتيم لا مال له سوي هذه

العين

العين في غير هذه الصورة لايكون الثبوت والحال ما ذكر حكما
وهو ظاهر الانزي انهم يرتبون الحكم علي ذلك ويجعلون الثبوت
مقدمة للحكم في مثله والتحقيق ان التعارف المنبه عليه يمنع
من حمل الثبوت على الحكم في الغالب واذا تحرر ان الثبوت
في الاصطلاح الذي به تخاطب الموثقين غير الحكم وهذا هو
المتبادر عند الاطلاق بواسطة هذا التعارف وقد يراد به
الحكم كما ذكره علماؤنا فقد صار له استعمالان احدهما الحكم
والثاني يحتاج الي تعريف يضبط وتفسير يكشف عن حقيقته
فنقول الذي يظهر ان المعني الذي يقوم بنفس القاضي من
اعتبار مقدمات القضا المسوغة لتوجهه شرعا لحصولها عنده
بطريقها او اعتبار بعضها والاوجز ان يقال الثبوت المجرد اعتبار
القاضي مقدمات الحكم او بعضها والحاصل ان الطريق في
العمل بالثبوت اذا ورد علي القاضي في حادثة طريق العمل بالمشترك
اللفظي في حمله علي احد معنييه فاذا اتضح عنده ان القاضي
الاول اراد به الحكم حمل عليه والا فيحمل علي المعني الاخر الذي هو
الثبوت المجرد وفي معني قول القاضي ثبت عندي قوله صح عندي
فان قيل ظاهر المذهب ان قول القاضي ثبت عندي دائما حكم
فمن اين هذا التفصيل وان الثبوت له معنيان فالجواب ان الثبوت
اطلقه علماؤنا بالمعني الثاني المذكور ههنا الذي هو غير الحكم وبدل

علي ذلك نزعان احدهما انهم قالوا في دعوي الرد بالعيب وذكر
اقسامه انه اذا لم يكن ظاهرا فلابد لصحة الدعوي به من ثبوت
قيام ذلك العيب بتلك العين حال الدعوي وذلك من تمامها
ثم يحصل التنازع فيه بعد ذلك عند القاضي والثاني انهم ذكروا
في الحكم بالعقار انه يشترط له ان ثبت عند القاضي بالبينة
ان العقار في يد المدعي عليه ولا يكفي في ذلك تصادقهما وليس
معنى الثبوت في هذين الموضعين الحكم ولا معنى له الا ما ذكرناه
فليتامل ومنها كتاب القاضي الي القاضي بثبوت الحق
بالبينة في غيبة الخصم كما صرحوا به فانه ليس بحكم واما فعل
القاضي هل يكون حكما او لا قال بعضهم قد يكون فعله حكما واستدل
لذلك بمسائل منها تزويج القاضي الصغير والصغيرة حيث
لا يكون لهما خيار البلوغ علي احدي الروايتين عن الامام احمد الله
وجه الاستدلال ان الفعل الذي هو التزويج لو لم يكن حكما
لثبت لهما الخيار كما يثبت في تزويج العم ومنها تصرف القاضي
في مال اليتيم فانه لا يضمن اذا تلف المال كما اذا اقرضه لملي
فتلف ماله او مات مفلسا ولو لم يكن الفعل الذي هو الاقراض
حكما لضمن القاضي والصواب ان فعل القاضي لا يكون حكما
والجواب عن هذا الاستدلال منع الملازمة بين انتفاء الخيار
وكون فعل التزويج حكما واني يكون ذلك والخيار منتف في الاب

فعل القاضي

والجد

والجد وفعلهما التزويج ليس بحكم قطعا فلو كان انتفاء الخيار
ملزوما لكون التزويج حكما كان تزويج الاب والجد حكما وهو
باطل وكذا الكلام في انتفاء الضمان بل اجلي اذ الامناء غير
ضامنين لما تلف في ايديهم بدون التعدي كما اذا دفع المودع
الوديعة الي زوجته للحفظ فهلكت حيث لا يضمن ويكون فعله
ذلك حكما بل لو امره المودع بالحفظ في بيت من داره معين
فحفظها في بيت آخر مساو له لم يضمن اذا تلف ومما يدل علي
ان فعل القاضي ليس بحكم قولهم فيما اذا وقف علي الفقراء
فاعطي القاضي قريب الواقف الفقير راتبا من غلة ذلك الوقف
فجاء قاض آخر كان له التصرف في الغلة علي غير ذلك الوجه
وله صرف ذلك الراتب بعينه الي غير ذلك القريب ولو كان فعل
القاضي حكما لم يكن للقاضي الثاني ذلك لان فيه نقض حكم
الاول والتحقيق ان فعل القاضي لا يكون حكما والحجة لذلك
ان الحكم يستدعي مقدمات الشرعية كالدعوي والحجة المطابقة لها
وتوابع ذلك فالشرط وجود المقتضيات للحكم وانتفاء الموانع
وفعل القاضي في الغالب لا يستدعي ذلك فان وقع فعل القاضي
عن طرق الحكم المعتبرة باستدعاء له في الجملة وباب الامكان
واسع فللقول بكونه حكما والحال ما ذكر مساغ ولنفرض لذلك
صورة وهي ادعي عليه ايداع عين هي في يده الآن وطالبه

مطلب التنفيذ

باستردادها وهو يجحدها فاقام المدعي البينة بذلك وان الوديعة هي هذه العين التي في يده فاستوفى القاضي ما لابد للحكم منه واخذ العين هذه من يد المدعى عليه ودفعها للمدعي فلا يبعد ان يكون هذا الفعل حكما وللنظر فيه مجال واما التنفيذ فالاصل فيه ان يكون حكما اذ من صيغ القضاء قول القاضي انفذت عليك القضاء وقالوا اذا رفع اليه قضاء قاض امضاه بشروطه المذكورة في كتب الفقه وهذا هو التنفيذ الشرعي في الاصل ومعنى دفع اليه اي حصلت عنده فيه خصومة شرعية من مدع على خصم لا على الصفة التي يرفع بها الآن فاذا حصل التنفيذ على هذا الوجه فهو حكم والاصل في ذلك ان الحادثة الشخصية الواحدة يجوز شرعا ان تتوارد عليها الاحكام المتعددة المتفقة في الحكم الشرعي في المسئلة التي هي مذكورة في كتب الفقه وهو مورد الحكم الذي هو القضاء الظاهر اذ هذا الاصل اجماعي واما التنفيذ المعتبر الآن فهو المستعمل غالبا ومعناه احاطة القاضي الثاني علما بحكم القاضي الاول على وجه التسليم له وانه غير معترض عنده ويسمى اتصالا ويتجوز بذكر الثبوت والتنفيذ فيه

الفصل الثاني

في المحكوم به اعلم ان المحكوم به اقسام اربعة حق الله المحض وحق العبد المحض وما فيه الحقان وحق الله غالب وما

فيه

فيه الحقان وحق العبد غالب فالاول كحد الزنا والخمر والثاني غني عن التمثيل والثالث كحد القذف وحد السرقة والرابع كالقصاص والتعزير على انتهاك حرمة المسلم بالشتم ونحو تعدير فالقضاء باحدها يشترط له الطريق الموصلة اليه شرعا ولكن الطريق الى القضاء تختلف بحسب اختلاف المقضي به

بحث الموجب

وذكر الموجب في القضاء لا يعرف للسلف وانما كانت الاقضية صرائح فيقال مثلا قضي له بالدار بالفرس بان يسلمه العين المبيعة بان تقضيه دينه الى غير ذلك من الامور التي يتوجه بها القضاء شرعا وهذا هو الاصل في هذا الباب يعني التصريح بعين المحكوم به ثم تعورف القضاء بالموجب توسعة وتسترا وهربا ثم هزلت الى ان آل الامر الى ان يقول قضيت بالموجب من لا يعرف مدلوله في الاصل فضلا عن مدلوله في خصوص تلك الشخصية ومن المستغرب اني رايت بعضهم يفرق بين الحكم بموجب ذلك والحكم بموجب ما اشهد به المتشاهدان على انفسهما والحال ان الاشارة بذلك انما هي الى المشهود به ولنذكر ما تحرر بالنظر الصحيح في امر الموجب والمقتضي بحسب الطاقة فنقول موجب الشيء ما اوجبه ذلك الشيء واقتضاه فالموجب والمقتضي في الاصل واحد وهو من الامور الاضافية وهل معنى الحكم بالموجب هو الحكم بالمقتضي دائما فيكون المراد بالموجب في الحكم

معناه الاصلي او ما هو اعم من ذلك محل نظر يظهر مما سيذكر
والظاهر من استعمالاتهم واطلاقاتهم انه باق في هذا الباب علي
المعنى الاصلي المذكور ولكن يلزم من بعض الصور ان الموجب في
باب الحكم اعم من المقتضي فيصدق الموجب بدون المقتضي
في بعض صور القضا وهو التحقيق وبيانه انه لو باع مدبره
ثم حصل في ذلك التنازع والتداعي عند القاضي الحنفي
فاستوفي وحكم بموجب هذا البيع ظن ذلك الحكم يكون صحيحا
ومعناه الحكم ببطلان ذلك البيع ومن المعلوم المحقق ان
الشئ لا يقتضي بطلان نفسه فظهر ان الحكم بالموجب في هذه
الصورة لا يكون حكما بالمقتضي فلا يكون الموجب دائما المقتضي
ولو كان المراد بالموجب في هذه الصورة هو المقتضي لكان هذا
الحكم باطلا لا معني له وكان للقاضي الشافعي ان يحكم بصحة ذلك
البيع ولا يمنعه من ذلك ما فعله القاضي الحنفي لانه علي ذلك
لا موجب للبيع عند الحنفي بمعني لا مقتضي له لان بيع المدبر باطل
فلم يتوجه الحكم بمقتضاه اذ لا مقتضي له ولانه يصح ان يقال
موجب هذا البيع عند الحنفية البطلان ولا سبيل الي صحة
هذا الحكم وهذا الاطلاق الا بجعل الموجب في هذا الباب علي ما هو
اعم من المقتضي حتي يصدق بدونه في هذه الصورة وامثالها
ومثله ما اذا وقف علي نفسه فحكم القاضي الشافعي بموجب ذلك

فان الحكم صحيح ومعناه الحكم ببطلان ذلك الوقف وليس للحنفي
ان يحكم بصحته بعد ذلك ويصح ان يقال موجب هذا الوقف
عند الشافعية البطلان ولولا ما ذكر من اعمية الموجب لم يصح
هذا الحكم وهذا الاطلاق والصور لذلك كثيرة والحاصل
ان الموجب ههنا يصدق بالمقتضي ويصدق بدونه وصدقه
بالمقتضي اكثر واغلب استعمالا فلهذا تبادر ان الموجب دائما
هو المقتضي وانه باق علي معناه الاصلي من دون تغيير
وعند التامل والتحقيق وتتبع استعمالاتهم يظهر المعني المذكور
وهو تدقيق حسن محرر بنظر صحيح بمراجعة بعض الاشياخ
المحققين الذين يحتج بهم ونعتمد انظارهم وقد تبين الوجه
وجزا الله المنصف خيرا فان قلت لاي معني افردت الموجب
بالتغيير في معناه الاصلي دون المقتضي وابقيت المقتضي
علي معناه الاصلي فحدثت بينهما نسبة العموم والخصوص
وهلا جعلت المعني في اللفظين واحدا علي هذا الحد والحكم
من التغيير كما كانا في المعني الاصلي فيصدق الحكم بالمقتضي
علي ما ذكرت من الصور فالجواب ان الاصل في الالفاظ
البقا علي المدلولات الاصلية ولا يصار الي زيادة المعني
او نقصه او تغييره في الجملة الا بدليل وداع يدعو الي ذلك
وقد وجد الداعي في لفظ الموجب دون لفظ المقتضي اذ الاصطلاح

الذي به تخاطب الموثقين والمتشرعين في هذا الباب انما هو
لفظ الموجب دون اللفظ الاخر فليتامل واذا تقرر هذا فالموجب
في هذا الاصطلاح عبارة عن المعني المتعلق بما اضيف اليه في
ظن القاضي شرعا من حيث انه يقضي به سوا كان ذلك الذي
اضيف اليه ذلك المعني اقتضي ذلك المعني بذاته ام لا الا انه
مضافا اليه ومتعلق به في الجملة ليدخل في ذلك ما تقدمت
الاشارة اليه من الصور فاذا باع بيعا صحيحا وقضي القاضي
بموجبه فموجب ذلك البيع في هذه الصورة مقتضاه الشرعي
وهو خروج العين المبيعة من ذلك البائع ودخولها في ملك
المشتري واستحقاق التسلم والتسليم في كل من الثمن والمثمن
الي غير ذلك من مقتضيات البيع ولوازمه فذلك المعني المحكوم
به المضاف الي البيع المتعلق به في ظن القاضي شرعا الموجب
ههنا وهو الذي اقتضاه عقد البيع واما الحكم بالموجب
فيما اذا باع مدبره فالموجب فيه هو المعني الذي اضيف الي
ذلك البيع في ظن القاضي شرعا وهو كون البيع باطلا
ولكن هذا المعني ليس هو مقتضي ذلك البيع كما هو ظاهر
اذ البيع لا يقتضي بطلان نفسه ثم القضا يقع علي
وجوه خمسة من حيث المقضي به الاول التصريح بعين المحكوم
به كما وقع التنبيه عليه في صدر هذا الفصل الثاني الحكم

بالموجب الثالث الحكم بالصحة الرابع الحكم باللزوم الخامس
الحكم بالبطلان ومعرفة هذه الوجوه بالكنه تحتاج الي تحرير
النسب فيما بينها فنقول الحكم بالموجب اعم الجميع لتحققه في جميع
الوجوه لان التصريح بالمحكوم به حكم بالموجب وكذا الحكم باللزوم
وذلك ظاهر وكذا الحكم بالصحة والحكم بالبطلان علي ما عرف
تقريره في تفسير الموجب ومسئلة بيع المدبر فبين الحكم بالموجب
وبين كل واحد من الاقسام نسبة العموم والخصوص المطلق وبين
الحكم بالصحة والحكم بالبطلان نسبة المباينة الكلية وهو غني
عن البيان وبين الحكم بالصحة والحكم بالتصريح نسبة العموم
والخصوص المطلق والاعم التصريح اذ كلما صدق الحكم بالصحة
صدق التصريح ولا ينعكس لصدق التصريح فيما اذا حكم بالبطلان
بدون الحكم بالصحة لما بين المعنيين من العناد وكذا بين التصريح
والحكم بالبطلان لصدقهما في صورة التصريح بالبطلان وصدق
التصريح بدون البطلان في الحكم بالصحة ولا جائز ان يصدق
البطلان ولا يصدق التصريح لان كلا من الصحة والبطلان امر
مفسر واما النسبة بين الحكم باللزوم والحكم بالبطلان فنسبة
المباينة الكلية اذ لا شي من باطل بلازم ولا شي من لازم بباطل
كما هو ظاهر واما بين الحكم باللزوم والحكم بالتصريح فنسبة
العموم والخصوص المطلق والتصريح اعم اذ اللزوم دائما التصريح

وقد يصرح في الحكم بالبطلان فيختلف اللزوم لما بين اللازم والباطل
من التضاد البين وكذا النسبة بين الحكم باللزوم والحكم بالصحة
والحكم بالصحة اعم لانه لا لزوم بدون صحة وتصدق الصحة
بدون اللزوم في العقود التي لا تكون لازمة وههنا فائدة
وهي انهم قالوا القضاء بصحة الوقف لا يكون قضاءً بلزومه
وتوجيهه ان الوقف جائز غير لازم عند الامام رحمه الله تعالى
لازم عندهما فاذا قضى القاضي بصحته احتمل ان يكون قضى
بذلك على مذهبه ولا معنى للجواز به هنا الا الصحة ولا يلزمه
اللزوم فيحتاج في لزوم الوقف الى التصريح بذلك وفيه نظر
وجهه ان الامام لم يقل بكون الوقف جائزاً غير لازم مطلقا بل هو
عنده لازم اذا علقه الواقف بالموت او قضى به القاضي ولا
شك ان القضاء بصحة الوقف قضاءٌ بالوقف فيكون القضاء
بصحته مقتضيا للزومه فلا يحتاج الى التصريح باللزوم في القضاء
به فليتامل والحاصل ان بين الموجب والبواقي العموم المطلق و
والموجب هو الاعم وكذا بين التصريح والثلاثة الباقية والتصريح
هو الاعم وبين الصحة والبطلان واللزوم والبطلان المباينة
وبين الصحة واللزوم العموم المطلق والاعم الصحة. قيل
الحكم بالموجب يستلزم الصحة وهو مبني على تفسير الموجب
بالمقتضي وقد علمت ما فيه من التحرير وعلى هذه القولة فالثابت

بين

بين الحكم بالموجب والحكم بالبطلان نسبة المباينة الكلية لوجهين
احدهما ان الموجب اذا استلزم الصحة فقد انتفى البطلان لما بينه
الصحة والبطلان من التنافي والثاني ان الشيء لا يقتضي بطلان
نفسه والمفروض تفسير الموجب بالمقتضي والوجه ما ذكرناه فاحفظ
لتنسك ما يحلو. **بحث** الظاهر اتفاقهم على اعتبار الحكم بالصحة
على سبيل الاستقلال والقصد اليه وفيه نظر تقريره ان القضاء
في حقوق العباد انما هو لرفع الخصام والنزاع الواقع بينهم في
الحوادث التي يترافعون فيها الى القاضي بتقرير ذلك المعنى الذي
هو فصل المسئلة وموضع التجاذب في الطرفين من الخصمين ويشترط
لذلك التقرير التام الذي هو الحكم الطريق الصحيحة الموصلة
اليه من الدعوى والحجة وتوابع ذلك على ما هو معروف في موضعه
ولا بد من التطبيق بين الدعوى والحجة والمقضى به وهذا امر
متفق عليه بين الحنفية والشافعية ومن المعلوم انه لا يقع التنازع
المعتبر شرعا في الخصومات الشرعية بين الخصمين في صحة هذا
العقد وفساده وانما يحصل التنازع في اثار ذلك ومتعلقاته
فالذي يدعو القاضي الى القصد الى القضاء بصحته وانما
المطلوب الشرعي منه ان يقضي بنص الدعوى وموضع النزاع
وهو يعتمد اعتبار الصحة او الفساد فالقاضي انما يقرر الاثر
المتعلق بذلك العقد مثلا بعد اعتبار ذلك العقد صحة او فسادا

فليتامل والحاصل ان الوجه يودي الى ان القضاء بالصحة
لا يصح على الاستقلال والاصالة وانما يكون ضمنيا فان امكن
ان يقع التداعي والتخاصم في ذلك امكن والحال ما ذكر القصد اليه
والحكم به تقسيم الموجب اما ان يكون امرا واحدا او امورا واذا
كان امورا فاما ان يستلزم بعضها بعضا او لا والمراد بهذا الاستلزام
ان ثبوت بعضها عند القاضي يستدعي ثبوت الاخر شرعا بحيث
لا تقبل الانفكاك في الثبوت وليس المراد بالاستلزام الاستلزام
في الوجود مطلقا لما سيظهر من ان احد الامرين الذي يطلق
عليه الموجب قد يستلزم الاخر في نفس الامر ولا يستلزمه في
الثبوت عند القاضي ويقبل احدهما الانفكاك عن الاخر في
الحكم الذي هو القضاء فيمكن القضاء باحدهما دون الاخر وان
لم يقبل الانفكاك في نفس الامر فهذه اقسام ثلاثة الاول
كون الموجب امرا واحدا والثاني كونه امورا يستلزم بعضها
بعضا في الثبوت والثالث كونه امورا لا يستلزم بعضها بعضا
في الثبوت فاما القسم الاول فمثاله القضاء بالموجب في الاملاك
المرسلة والطلاق والعتاق اذا فرضنا انه لا موجب لذلك سوى
ثبوت ملك الرقبة في العين للمدعي وانحلال قيد العصمة وثبوت
الحرية في العبد وهذا القسم لا كلام فيه اذ ذكر الموجب في مثل
ذلك واضح الدلالة على ان المراد به قريب من المفسر والمصرح

به

به واما اذا كان الموجب امورا يستلزم بعضها بعضا في الثبوت
فذكر الموجب دال على جميعها فان الطريق الموصلة الى احدها
موصلة الى البعض الآخر ضرورة الاستلزام والاستتباع في الثبوت
فلا وجه الا حمل الموجب على تمام تلك الامور مثاله كفل انسان
بماله على اخر مطلقا في غيبة المكفول عنه فهذه كفالة صحيحة
عند علمائنا فاذا ادعى الداين على الكفيل بدين له على الغائب
المكفول عنه وطالبه به بحكم الكفالة فانكر فاقام المدعي الحجة
بالدين والكفالة فاستوفى القاضي الحنفي وقضى بموجب ذلك
فالموجب ههنا امران لزوم الدين ذمة المكفول عنه ووجوب ادائه
على الكفيل بالطلب والثاني يستلزم الاول في الثبوت فطريقه طريقه
ولا يتصور انفكاك الثاني عن الاول في الثبوت اذ لا يمكن التنازع
والتخاصم بين الداين والكفيل في الدين والمطالبة به مع قطع النظر
عن المديون الاصيل ولا ان يثبت عند القاضي وجوب اداء الدين
على الكفيل دون ان يثبت عنده شغل ذمة الاصيل بالدين فاذا
قضي بالموجب في مثله فقد قضي بجميعه واما القسم الثالث
وهو ما اذا كان امورا لا تستلزم بعضها بعضا في الثبوت عند
القاضي بل هي مما يقبل الانفكاك في الثبوت وان استلزم بعضها
بعضا في الوجود وبالنسبة الى الحكم الشرعي المذهبي لا الحكم الذي
هو القضاء فالموجب ههنا مجمل يفسره الطريق الموصلة الى القضاء

فان ادت الي جميع تلك الامور حمل الموجب عليها وفسر بها والا
فبحسب تلك الطريق يعني انها اذا ادت الي بعض منها معين
تعين انه المقضي به دون الاخر فللمخالف الدخول بحكمه علي
ذلك الامر الاخر ولا يكون الحكم بذلك البعض الذي ادت اليه
الطريق وفسر به الموجب مانعا من الحكم بذلك الامر الاخر
الذي لم تؤد اليه الطريق علي خلاف مذهب الحاكم الاول
في المسئلة وهو موضع نظر دقيق فليتامل وامثلة ذلك
كثيرة فمنها ما اذا وهب ابنه وسلمه العين الموهوبة فالموجب
ههنا امور منها خروج العين من ملك الواهب الي ملك الموهوب
له ومنها ان الواهب لا يملك الرجوع في الهبة لان قرابة
الولاد بل المحرمية من موانع الرجوع عندنا ويملك الرجوع
عند الشافعي لان الموجب عنده تمكن الواهب لولده من
الرجوع فيما وهب وان قرابة الولاد غير مانعة والامر الاول
لا يستلزم الامر الثاني في الثبوت وان استلزمه بالنسبة الي الحكم
المذهبي فيجوز التداعي في هذه المسئلة والتنازع من حيث
انتقال الملك مع قطع النظر عن الرجوع وعدمه والغفلة
عن ذلك بالكلية بخلاف ما اذا استلزم احد الامرين الاخر
واستدعاه في الثبوت كما في وجوب اداء المال علي الكفيل
بالنسبة الي اشتغال ذمة الاصيل بحيث لا يتجه قطع النظر

عن

عن الثاني في ثبوت الاول على ما تقدم تقريره فاذا قضي القاضي
بموجب هذه الهبة رجع في تفسير الموجب ومعناه الي الطريق
الموصلة الي الحكم فان ادت الي الجميع كان القضاء بالموجب
قضاء بها كما اذا حصل الحكم بالموجب في ذلك عن تداع من حيث
الانتقال ومن حيث الرجوع علي فرض وقوعه وحصل التخاصم
في الامرين بطريقه الشرعي عند القاضي الحنفي وقامت الحجة
لديه بالعقد والتسليم والرجوع فقضي بموجب تلك الهبة
فان الموجب شامل في هذه الصورة وليس للمخالف الدخول
فيما يتعلق بالرجوع وان كان التداعي عند القاضي الحنفي
لم يصرح فيه علي الرجوع بتقدير رجوع الواهب وعدم رجوعه
يعني لم يتعرض له في التداعي علي كلا التقديرين كان قضاؤه
بالموجب مقتصرا علي الامر الاول واذا رجع الواهب بعد ذلك
ورفعت الحادثة الي قاض شافعي كان له ان يحكم بصحة الرجوع
وقد صارت هذه المسئلة حادثة وكتب فيها ما صورته ملكه
ولده وقضى شافعي بالموجب ثم ان الواهب رجع في هبته
بعد الهبة والتسليم بمدة طويلة والعين باقية في يد الموهوب
له فرفعت الحادثة الي القاضي الحنفي واتصل به حكم الشافعي
المذكور وحكم ببطلان الرجوع فحصل التنازع في ذلك بين اهل
المذهبين وقال القاضي الشافعي حكم القاضي الحنفي باطل

لاني قد حكمت قبله بموجب التمليك ومن موجبه عندي أنّه
يملك الرجوع فيما وهب والحكم في المسئلة الخلافية يجعلها
وفاقية فليس للمخالف اعمال مذهبه فيها بعد ان سبق اعمال
مذهب غيره وقال القاضى الحنفى الرجوع حادثة مستقلة
وجدت بعد حكم القاضى الشافعى بمدة طويلة فكيف يدخل
تحت حكمه وكيف تعقل ان يسبق السيل المطر والحصاد الزراعة
والولادة الاجال وصارت المسئلة بذلك واقعة الفتوى هل
يدخل ملك الواهب للرجوع تحت حكم الشافعى فيلغو حكم الحاكم
الثاني لعدم قبول المحل اذ شرط نفاذ القضا فى الحادثة عدم تقدم
القضاء فيها بما يخالف مذهب القاضى الثانى وهذا امر اجماعي
ام لا يدخل فينفذ حكم الحنفى ويبطل الرجوع واجبت فيها بما
نصه الموجب قد يكون امرا واحدا وقد يكون امورا اما القسم
الاول فهو عن المسئلة بمعزل واما القسم الثاني فان كان
فى حقوق العباد المحضة كما هنا اذ الهبة موجبها خروج العين
من ملك الواهب ودخولها في ملك الموهوب له وان الواهب يملك
الرجوع اذا كان الموهوب له ولده عند الشافعي ولا يملك ذلك
عند الحنفي والرجوع في هذه الصورة باطل عنده جمل الموجب
في بيانه على الطريق الموصلة للحكم وهي الدعوى فان كان
التداعى عند القاضى ليس الا فيما يتعلق بانتقال العين من

ملك الواهب الى ملك الموهوب له اقتصر قضاء القاضي بالموجب
علي ذلك ولا يتعداه الى غيره فلا يكون بعض الموجب محكوما به وهو
كون الواهب يملك الرجوع اولا يملكه كما ان القاضي الاول لو كان
حنفيا والحال ما ذكر ثم رجع الواهب كان للقاضى الشافعي القضا
بصحة الرجوع وليس للقاضى الحنفى ان يقول قضيت بالموجب
ومنه ان الواهب لا يملك الرجوع فكذا اذا كان القاضى الاول شافعيا
كان للقاضى الحنفى القضاء ببطلان الرجوع وليس الشافعي ان يقول
قضيت بالموجب ومنه ان الواهب يملك الرجوع فالطريق في مثل
ذلك هي تفسير الموجب وتبين المراد به والاصل فى هذه المسئلة
وامثالها ان القضا فى حقوق العباد يشترط الدعوي والمخاصمة
الموصلة له شرعا على وجه تحصل المطابقة فيه بين الدعوي والحجة
والمقضى به والا لما كان علي سبيل الاستلزام الشرعي وليس للقاضي
ان يتبرع بالقضاء بين اثنين فيما لم يتخاصما اليه فيه وان حصل منهما
التخاصم فيما لا تعلق بذلك فى الحملة والتنبه لهذه الدقيقة من
سؤال اجل الفوائد ومما يتصل بذلك سؤال صورته حكم قاض حنفى
بموجب البيع في عبد بشرط البراءة من كل عيب وبعدم الرد بعيب
وان ظهر مع العلم بالخلاف والحال ان المتبايعين لم يتخاصما عنده
فى عيب ظهر بالعبد وانما حصل التداعى عنده فى التبايع وثبت
البينة بجريان العقد بهذا الشرط وللقضاة عادة بالحكم المذكور علي

هذا الوجه المذكور فلو ظهر به عيب فخاصم فيه المشتري البائع
عند القاضي الشافعي فهل للشافعي الحكم بالرد والحال ما ذكر
ام يكون حكم الحنفي مانعا له من ذلك وهل يسوغ للحنفي ان يحكم
بذلك كذلك واذا ساغ له ذلك هل يكون قضاؤه بعدم الرد بالعيب
قصديا او ضمنيا وهل الضمني مانع من دخول المخالف ام لا فاجبت
ليس للحنفي ان يحكم بذلك كذلك ولا ان يحكم بعدم الرد بالعيب
وان ظهر والحال ما ذكر من عدم الخصومة عنده في العيب واذا
قضى بدون الطريق الموصلة الى قضائه رد قضاؤه وللشافعي
على هذا ان يحكم بالرد بالعيب وليس من معنى قول القاضي العالم
قضيت بالبيع المذكور بالشرط المذكور او بموجب البيع المذكور
بالشرط المذكور اذ الشرط المذكور مقتضى بموجبه ولم يحصل
عنده خصومة في متعلق ذلك الشرط بل معناه انه قضى بموجب
ذلك البيع بحسب التداعي الواقع عنده فيه والحال ان البيع
مشتمل على ذلك الشرط فقوله بالشرط المذكور متعلق بالبيع
لا بالقضاء ثم ان قول المسجل وبعدم الرد بعيب ان ظهر ظاهر في
انه لم يحصل منهما خصومة في العيب ومن تمام الجواب ما عرف
مما تقدم تحريره في امر الموجب ومن تمامه ايضا ان القضاء اذا
حصل على وجه منع المخالف قصديا او ضمنيا وليست هذه الصورة
من صور القضاء الضمني فان القضاء الضمني هو ما لا بد منه في القضاء

القصدي

حيلة اثبات الدين على الغائب

القصدي ومن الصور ما ذكره علماؤنا في حيلة اثبات الدين
على الغائب وهي كفيل عن غائب لاخر بما له عليه فاقام البينة
على الكفيل بدينه على قاسنوفي القاضي وقضى للداين
على الكفيل باداء الدين فان ذلك يكون قضاء على المكفول عنه
الغائب بالدين ضمنا وعلى الحاضر الكفيل بادائه قصدا فاذا
أبرأ الداين الكفيل من الكفالة بعد القضاء يبرأ ويصير الدين
مقضيا به على الاصيل واتصل هذا الجواب ببعض علماء الحنفية
فارتضاه غير انه ابدى بحثا وهو ان قضاء القاضي الحنفي
على ذلك الوجه المذكور مانع للقاضي الشافعي من العمل
بمذهبه في المسألة لا من حيث ما ذكر من الحكم السابق بالشرط
ولكن من حيث ان موجب هذا البيع هذا الشرط لزومه على المشتري
مطلقا ظهر بالمبيع عيب او لم يظهر وهو بحث جيد وجوابه ان
ذلك المعنى الذي ذكره من جملة ما يطلق عليه لفظ الموجب وليس
للقاضي ان يقضي به بدون الطريق الموصلة اليه والمفروض
انهما لم يترافعا الى القاضي متخاصمين في العيب ولا طريق الى
القضاء بما ذكر فليتدبر ومن امثلة ذلك ايضا اذا باع حصة من
بناء على ارض محتكرة وقضى القاضي الحنفي بموجب ذلك فاراد
الشريك ان ياخذ تلك الحصة المبيعة بالشفعة ورفعت الحادثة
الى قاض مالكي كما سياتي يرى ذلك فله ان يحكم بالشفعة على مذهبه

ولايكون حكم الحنفي السابق المذكور مانعا للمخالف من الحكم بمذهبه
ولا يقال من الموجب هنا عند الحنفي ان لا شفعة للشريك وقد
قضى القاضي الحنفي بالموجب لانا نقول الموجب ههنا امران
الاول انتقال الملك الى المشتري والثاني الشريك لا يملك
الشفعة والاول غير مستلزم للثاني في الثبوت والحكم شرعا
ويتصور انفكاكه عنه بالنسبة الى ذلك والمفروض ان الامر
الثاني لم يقع فيه عند القاضي تداع ولا خصومة والضابط
لجنس هذه المسائل معرفة ما ذكر من الاستلزام على جهة
التحقيق وهو ليس الا بالنظر الى القاضي يعني هل يمكن الحكم
باحد الامرين دون الاخر ام لا ومنها ما اذا قضى الحنفي بموجب
التزاوج بين اصيلين فمات احد المتعاقدين كان للمخالف ان يحكم
بعدم انفساخها بموته ولا يكون حكم الحنفي مانعا له لما ذكرنا
ولو كان القاضي بموجب البيع في مسئلة الشفعة مالكيا والقاضي
بموجب التزاوج شافعيا كان للقاضي الحنفي ان يحكم ببطلان
الشفعة وانفساخ الاجارة اذا رفعت اليه الحادثة ومنها اذا
قضى الحنفي بموجب الطلاق وكانت المرأة مدخولا بها وقد سمي
مهرها للقاضي الشافعي ان يحكم على المطلق للمطلقة بالمتعة
وليس للمطلق ان يتمسك في دفع حكم الشافعي عنه بحكم الحنفي
بالموجب المذكور الا ان يكون قد حصل التداعي بينهما في المتعة

عنده

عنده ثم ما ذكرنا من استلزام احد الامرين للاخر في الثبوت
لا يشترط ان يكون من الجانبين دائما بل قد يستلزم احدهما
بعينه الاخر مع انه لا يستلزمه كما في استلزام وجوب اداء الدين
على الكفيل في الثبوت ثبوت الدين في ذمة الاصيل وثبوت الدين
في ذمة الاصيل لا يستلزم في القضاء وجوب اداء الدين على
الكفيل وهذا بخلاف خروج العين من ملك البائع ودخولها في
ملك المشتري بحكم عقد البيع حيث يكون الاستلزام من الجانبين
اذ الخروج والدخول المذكوران امران كل واحد منهما موجب للبيع
وكل واحد منهما يستلزم الاخر في الوجود والثبوت جميعا ولا
جائز ان يحكم باحدهما دون الاخر الا في البيع بالخيار للمشتري
فانه يخرج المبيع من ملك البائع ولا يدخل في المشتري على
ما هو معروف في موضعه بما فيه من الخلاف واعلم ان ما تحرر
في تقسيم المحكوم به الى الموجب وغيره على ما عرفت تفصيله
بالنظر الى الصيغ عقودا كانت او غيرها وفيما سوى ذلك ربما
يحتاج الى نظر اخر فمسائل الثبوت والاحكام وموارده كثيرة
الاشتباه عظيمة الخطر يعرف ذلك بالممارسة واعتوار الحوادث
والحجب بهن عند النظارة ومن لم يذق لم يعرف ثم اذا قضى
القاضي في حادثة بالموجب وكانت المسئلة خلافية فانما يعرف
ما قضى به بعد معرفة مذهبه في المسئلة فالمجتهد يبين مراده

والمقلد فانما يقضي بمذهب مقلده فان اختلفت في مذهبه الاقوال
وكان من اهل النظر والترجيح وهو المسمى بالمجتهد المقيد والشافعية
يسمونه صاحب وجه في المذهب فهذا ايضا يرجع في معنى الموجب
في حكمه الى بيانه لكن على وجه لا يحدث فيه قولا لا يخرج على
اصول مذهبه والا فهو المجتهد المطلق والمفروض خلو عنه واما
المقلد المحض فلا يقضي الا بما عليه العمل والفتوى في المذهب وعلى
ذلك يحمل الموجب في حكمه ويفسر به ولا يلتفت الى الذين لا يعلمون

الفصل الثالث في المحكوم له اما الشرع كما في حقوقه
المحضة ولا يحتاج في ذلك الحكم الى الدعوى او الشرع والعبد كما
في الامور التي فيها حق الشرع وحق العبد وقد عرفت ان هذا
القسم نوعان ما يغلب فيه حق الشرع وما يغلب فيه حق العبد
فاما ما يغلب فيه حق العبد لا بد فيه من الدعوى واما ما يغلب فيه
حق الشرع فمنه ما لا بد فيه من الدعوى كحد القذف وحد السرقة
ومنه ما لا يحتاج فيه الى الدعوى كالاعتداد في المنزل المضاف
الى المطلقة سكنى حال وجوب العدة عليها عند امكان ذلك والا
فيحكم عليها بان تفرد لانقضائها في مسكن غيره او العبد وهو المدعي
حقيقة او حكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فكالموكل واليتيم
وكل من اعتبر الشرع المباشر للدعوى نائبا عنه وفسروا المدعي بمن
لا يجبر على الخصومة اذا تركها وقيل المتمسك بخلاف الظاهر

وقيل

وقيل الطالب الذي طلب القاضي طلبه شرعا ويشترط في المحكوم
له ان لا يكون غائبا الا اذا حضر عوضه من ينوب منابه اما
باستنابته هو او باستنابة الشرع ذلك الحاضر عنه والامر في
المحجور المحكوم له كالامر في الغائب المحكوم له فالمحجور نائبه من
استنابه الشرع عنه وهو وليه والغائب نائبه وكيله الذي وكله
او الذي استنابه الشرع عنه ممن بينه وبينه اتصال ليسوغ الحكم
لاحدهما بدعوى الاخر على ما هو مفصل في موضعه وقد نقل بعض
علمائنا ان القضاء على الغائب مختلف فيه واما القضاء للغائب
فالاجماع على انه لا يجوز ومعنى ذلك انه اذا لم يحضر عنه نائبه على
ما قررناه **الفصل الرابع** في المحكوم عليه المحكوم عليه لا يكون
الا العبد دائما لكنه اما ان يكون واحدا او اكثر الواحد هو المدعي
عليه وتفسيره يعرف من تفسير المدعي والمراد بالواحد ههنا من
عين وشخص سواء كان واحدا بالعدد او اكثر كما لو اشترك
جماعة في قتل انسان فقضى عليهم بالقصاص والمراد بالكثير
الناس كافة كما في القضاء بالحرية فانه يكون قضاء على الجميع حتى
لا تسمع دعوى العبودية في المحكوم له من احد مطلقا وهذا
محله الحرية المطلقة اي حرية الاصل اما الحرية التي سببها
الاعتاق فتلك تعتمد سبق الملك والملك المخصوص يعتمد
صحة مقيدة ونسبة وقد يظهر بالنسبة الى مالك مخصوص

ثم يتبين خلافه فيكون القضاء بهذه الحرية المسببة عن الاعتاق
جزئيا كما في بقية الاقضية يعني جزئيات بالنسبة الي المحكوم عليه
اذ القضاء بالنسبة الي المقضي به جزئي دائما واختلفوا في القضاء
بالوقف هل يكون جزئيا او كليا والصحيح المفتي به ان لايكون
علي الناس كافة وتسمع فيه دعوى الملك ودعوي وقف اخر
هذا ما يتعلق بحقوق العباد واما المحكوم في حقوق الشرع
منها ما يحتاج في استيفائه والحكم به من الدعوى كما في حد القذف
والسرقة ومنها ماليس كذلك كما في حد الزنا والخمر واما ما يغلب
فيه حق العبد فلابد في استيفائه من الدعوي كما في حقوق العباد
المحضة الا انه في صورة واحدة يغلب فيها حق العبد ويمكن استيفاء
الحق فيها بدون الدعوي وهي مسئلة ما اذا اساء احد الخصمين
الادب علي القاضي بان قال قضيت علي بالجور او ارتشيت
وما اشبه ذلك فان له تعزيره حسما لمادة الفساد وهي مسئلة
نادرة خولف الاصل من وجهين احدهما ان القاضي فيها حاكم
لنفسه والاصل انه لايجوز له ان يقضي لنفسه بل ولا علي نفسه
والاصل الثاني انه ما يغلب فيه حق العبد ولا يحتاج فيه الي الدعوي
فان قلت الظاهر ان الغالب فيه حق الشرع قلت ليس كذلك لانهم
صرحوا بان للقاضي ان يعفو عن الخصم في ذلك وما يغلب فيه حق
الشرع لا يبدأه العفو ولا يسقط به كيف وحد القذف لابد فيه

هل القضاء بالوقف قضاء علي الكافة

لعله والوجه

من

من الدعوي وصرحوا بانه لايسقط باسقاط المقذوف لما ان حق
الشرع فيه هو الغالب **الفصل الخامس في الحاكم** الحاكم اما
الامام او القاضي او المحكم اما الامام فقد قال علماؤنا حكم
السلطان العادل ينفذ واختلفوا في المرأة فيما سوى الحدود
والقصاص ومسئلة الفاسق والجاهل معلومة وفي اهلية
المتصف بهما نظر وان كان اطلاقهم يتناولها وعلى سبيل البحث
فنقول العامي المحض ليس باهل للقضايا وهذا هو الذي ينبغي
ان يفهم عن الائمة المتقدمين وبيانه ان المسائل الخلافية يعرف
المراد بالحكم فيها من الحكم الذي بازائه وبضدها تتبين الاشياء
واذا نظرنا الى فصل التنازع بيننا وبين الشافعية ظهر مما قلناه
وذلك بانهم يشترطون في اهلية القضاء الاجتهاد المطلق
ونحن لا نشترطه واذا لم يشترط الاجتهاد فلا اقل من اعتبار
التلبس بالعلم والفقه والتأهل في الجملة ويشهد لهذا المعنى
مسئلة وهي انهم قالوا العالم اذا تعين للقضاء وجب عليه قبوله
وتقلده واذا تركه اثم وما لم يتعين فالترك افضل وليت شعري
اذا حمل كلام علمائنا في اهلية القضاء علي ظاهره وهو ان الجاهل
اهل ففي اي صورة يتعين القضاء حتى يجب عليه الدخول في القضاء
فاتجه حينئذ الحمل في الاهلية علي ما ذكر فلابد من التأهل بالعلم
والفهم واقله ان يحسن تعقل الحوادث والمسائل الدقيقة وان يعرف

الفصل الخامس في الحاكم

طرق تحصيل الاحكام الشرعية من كتب المذهب وصدور المشايخ
وكيفية الايراد والاصدار في الوقائع والدعاوى والحجج وتوابع ذلك
ولوازمه وان يكون له في نفسه تحشم وموقع في النفوس والا فلا
ينبغي ان ينسب الي مجتهد من السلف فضلا عن امام الائمة تجويز
ولاية القاضي التي هي اشرف مناصب الاسلام بعد منصب
الامامة بعض السوقة الذين لا يعقلون صغار الامور المعيشة
فضلا عن كبارها قال في المختار والاولي ان يكون القاضي
مجتهدا فان لم يوجد فيجب ان يكون من اهل الشهادة موثوقا
به في دينه وامانته وعقله وفهمه عالما بالفقه والسنة وكذلك
المفتي فجزاه الله عن ائمتنا خيرا اما المحكم فشرطه ان يكون
اهلا للقضاء ويقضي بالنكول والاقرار ولا يحكم لاصوله وفروعه
وزوجته ثم القاضي تتاقت ولايته وتتقيد باعتبار الزمان
والمكان والحوادث فاذا جعله السلطان قاضيا مدة كذا ليس له ان
يقضي تلك المدة وليس لقاضي بلدة او خطة ان يقضي في
غيرها وهل العبرة في الاعدا بخطة المدعي او خطة المدعي عليه
فيه الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالي وقد رجحوا
ان العبرة في ذلك بخطة المدعي عليه وهو قول محمد وعليه الفتوى
فان كان المدعي في خطة قاض لا يكون لذلك القاضي طلب
غريمه وهو من اهل خطة قاض اخر واذا قال الامام للقاضي

العبرة للقاضي المدعى عليه

لا تقض

لا تقض علي فلان ولا للفلان ولا في الحادثة الفلانية فانه لا يصير
قاضيا في ذلك ونائب القاضي في زماننا ينعزل بعزله وبموته
فانه نائبه من كل وجه والقضا من المناصب الدينية التي يصح
العزل منها بسبب وبغير سبب ومسائل القاضي والقضا
كثيرة جدا وهذا المصنف لم يوضع لنقلها وانما وضع لذكر
ما فهم وتحرر منها اما علي سبيل التحقق او علي سبيل التمتع
التزام الاصول المتفق عليها بينهم

الفصل السادس في طريق القضاء

طريق القضاء الي الحكم يختلف بحسب اختلاف
المحكوم به والطريق فيما يرجع الي حقوق العباد المحضة عبارة
عن الدعوى والحجة اما البينة او الاقرار او اليمين او النكول عنه
او القسامة او علم القاضي بما يريد ان يحكم به او القرائن الدالة
علي ما يطلب الحكم به دلالة واضحة بحيث تصيره في حيز المقطوع
به فقد قالوا لو ظهر انسان من دار ومعه سكين في يده وهو
متلوث بالدماء سريع الحركة عليه اثار الخوف ظاهر فدخلوا
الدار في ذلك الوقت علي الفور فوجدوا بها انسانا مذبوحا
لذلك الحين وهو يضرج بدمائه ولم يكن معه في الدار غير ذلك
الرجل الذي وجد بتلك الصفة وهو خارج من الدار انه يؤخذ
به وهو ظاهر اذ لا يمتري احد في انه قاتله والقول بانه ذبح نفسه
او ان غير ذلك الرجل قتله ثم تسور الحائط فذلك الي غير ذلك

احتمال بعيد لا يلتفت اليه الا لم ينشأ عن دليل فأما الدعوي
فهي عبارة عن قول مقبول عند القاضي يُعَدُّ به قائله في الشرع
طالبا حقا قِبَل غيره او دافعا عن حق نفسه غير حجة فقولنا
قول مقبول عند القاضي بمنزلة الجنس وقولنا يُعَدُّ به قائله
في الشرع طالبا فصلا عن الشهادة فانها وان كانت قولا
مقبولا عند القاضي الا ان الشاهد لا يعد بذلك في الشرع
طالبا وقولنا او دافعا عن حق نفسه انما هو لدخول دعوي
المعارضة اذ في سماعها وجهان وقد رجح بعضهم صحتها
والمدعي في المعارضة لا يطلب حقا عند غيره وانما يطلب دفعا
عن حقه هذا اذا اريد بالحق الامر الوجودي اما اذا اريد به
ما هو اعم من الوجودي والعدمي فنستغني في التعريف عن هذا
القيد وقولنا غير حجة صفة للقول وهو فصل عن يمين الاستحقاق
فانه قول مقبول عند القاضي يعد به طالبه طالبا حقا فلابد
من اخراجه ولكنه حجة فلا بد من اخراجه من تعريف الدعوي واعلم
ان شرط اعتبار القضاء واقعا موقعه الشرعي وروده علي نص
الدعوي المسموعة شرعا الذي هو مطلوب المدعي من دعواه
ومناط الجواب من المدعي عليه وهو المعبر عنه بمحل التنازع وان
يكون ذلك الورود علي سبيل المطابقة من غير زيادة علي
ذلك الا ما كان علي سبيل الالتزام كما تحرر في تحقيق بحث الموجب

وان

وان يكون المحكوم به هو الذي ادت اليه الحجة المعتبرة شرعا وشرط
اعتبارها شرعا مطابقتها نص الدعوي والحاصل ان الشرط هو
التوافق والتطابق في القضية الحكمية بين الامور الثلاثة الدعوي والحجة
والمقضي به وايضاح ذلك ان القاضي في حقوق العباد انما يقضي بين
خصمين في الامر الذي تخاصما فيه اليه للفصل بينهما والمخاصمة
المعتبرة شرعا انما تكون بالدعوي الصحيحة والدعوي انما يقضي
بنصها المطلوب منها المذكور آنفا وانما يكون كذلك اذا ظهرت له
الحجة واعتبرت والحجة انما تعتبر اذا طابقت المدعي به فالقاضي
في خصوص الحادثة التي رفعت اليه اما ان يقضي بتمام المدعي به
فقط او بغيره او ببعضه او به وبزيادة عليه فان كان الاول
وهو المدعي به من غير زيادة فهو المعتبر المطلوب شرعا وهو الفصل
بين العباد طلبا للسداد ودفعا للخصام والعناد حيث وقع علي
وجهه بسببه المقضي اليه من الدعوي والحجة وتوابع ذلك وهذا
هو المسمي بالطريق في باب القضا وان كان الثاني وهو ان يقضي
بغير المدعي به ففساده غني عن البيان وان كان الثالث وهو
ان يقضي ببعض المدعي به فهو اما ان يقبل التبعيض في التجزي
او لا يقبل فان كان الثاني فالقضا لغو لانه لا معني له وعلي القاضي
ان يستانف القضا بتمام المدعي به وان كان الاول وهو ان المدعي
يقبل التبعيض فهو قضا معتبر وعلي القاضي ان يكمل فيقضي

بالتمام لان المفروض وضوح الحجة لتمام المدعي به وان كان الراجع
وهو ان يقضي بالمدعي به وزيادة عليه فاما ان تكون تلك
الزيادة باستلزام كما عرفته غير مرة فالقضا معتبر لان الزيادة
ضرورية وعند التامل يظهر ان تلك الزيادة مدعي بها
وان لم يحصل التصريح بذلك فان المطالب للكفيل باداء الدين
الذي يحكم الكفالة في تلك الصورة المتقدمة مدع شغل ذمة
الاصيل بالدين في المعنى ضرورة وان كانت تلك الزيادة بدون
استلزام فالقضاء بتلك الزيادة لغو لانه بدون الدعوى وبدون
قيام الحجة له فليس بفصل فليس بشيء وبما قررناه يعلم معنى
قولهم ان شرط نفاذ القضاء ان يصير الحكم حادثة اي في حادثة
والمراد بالحادثة الخصومة الصحيحة والخصومة الصحيحة
انما تكون بالدعوى الصحيحة من خصم شرعي ويعلم ايضا وجه
قولهم في بعض الاحكام خرج مخرج الافتاء وما ذاك الا لما تقرر
من شروط اعتباره فاذا راوا في بعض صور الاحكام فوات شيء
من تلك الشروط قالوا خرج مخرج الافتا ثم لا يشترط في
الطريق الي الحكم ان تكون بتمامها عند القاضي الواحد حتى لو
ادعي عند نائب القاضي واقام البينة ثم رفعت الحادثة الي
مستنيبه صح وله ان يبني علي ما وقع عند نائبه ويقضي
وكذا لو كان ابتدا الحادثة عند القاضي وانتهاؤها عند النائب

فله

فله ان يحكم ويكون ذلك معتبرا شرعا ويشترط لصحة الدعوي
حضور الخصم المدعي عليه ويستثنى من ذلك ما اذا كانت الدعوي
لاجل الكتاب الحكمي لان المسوغ له غيبة الخصم فكيف يشترط
في الدعوي في ذلك حضوره والخصم اما اصيل او وكيل او وصي
او وارث او من بينه وبين المدعي عليه اتصال في المدعي به كما في
مسئلة الكفالة السابقة او منصوب القاضي علي القول المرجوح
اما الاصيل فظاهر واما الوكيل والوصي فيجعل الموكل والموصي
واما الوارث فباستنابة الشرع له عن الميت المورث وكذا من بينه
وبين الغائب اتصال وكذا المنصوب وفيه نظر واصول ائمتنا تابي
جواز ذلك ولا معنى لجواز ذلك الا القضا علي الغائب نعم الا ان يكون
ذلك ضروريا كما اذا توجه القضا علي الخصم فاستتر بشرطه
المذكور في موضعه فلينظر ومن شروط صحة الدعوي ان لا يسبق
من المدعي ما يناقض دعواه لاستحالة الجمع في الصدق بين السابق
واللاحق الا ان يكذب القاضي المدعي فيما سبق منه فتصح الدعوي
حينئذ ومثال ذلك اذا امر انسانا بقضاء دينه فزعم المامور انه
قضاه عن امره وصدقه الآمر وكان الاذن بالقضاء مشروطا
بالرجوع فرجع المامور علي الآمر بالمال الذي صدقه علي ادائه
للداين فجاء رب الدين بعد ذلك وادعي علي الآمر المديون بدينه
وان المامور لم يقضه شيا وحلف علي ذلك فقضي له القاضي علي

الخصم بانواعه

شرط صحة الدعوى الا يسبق
من المدعي ما يناقض

الآمر باداء الدين فاداه ثم ادعي الامر علي المامور بما كان رجع
به عليه بحكم تصديقه فهذه الدعوي مسموعة مع التناقض
لان القاضي أكذب المدعي الذي هو الآمر فيما سبق منه من
تصديق المامور فلما قضي عليه بدفع الدين الي الداين يرجع
علي المامور ولايكون تصديقه اياه في الدفع الي الداين والحال
ما ذكر مانعا له من الرجوع عليه بالمال والشئ بالشئ يذكر
فقد اغتفروا التناقض في المسائل التي يظهر عذر المدعي
ولا باس بذكر ما حضر من ذلك فمنها مسئلة الاقراره
بالرضاع فلو قال هذه رضيعتي ثم اعترف بالخطاء فصدقته
في دعواه الخطا فله ان يتزوج بها بعد ذلك وهذا مشروط
بما اذا لم يثبت علي اقراره بان قال هو حق اوصدق او كما قلت
او اشهد عليه بذلك شهيدا وما في معني ذلك من الثبات اللفظي
الدال علي الثبات النفسي واما اذا تكرر اقراره بذلك هل
تكون التكرار ثباتا كانت واقعة فتوي واختلف في ذلك العصريون
فمن مقتصر في ذلك علي المنقول وان ذلك لايكون ثباتا لفظيا
فلا يدل علي الثبات النفسي ومن قائل بان ذلك يكون ثباتا
لفظيا فيدل علي الثبات النفسي واتفقت في ذلك مباحث
طويلة الذيل لا تحتمل هذه الاوراق ايرادها والعذر المحقق في
ذلك انه مما يخفي عليه فقد يظهر بعد اقراره علي خطاء الناقل ه

ومنها

يغتفر التناقض في مسائل

ومنها تصديق الورثة الزوجة علي الزوجية ودفع الميراث اليها
ثم دعواهم استرجاع الميراث بحكم الطلاق المانع حيث يسمع دعواهم
لقيام العذر في ذلك لهم حيث استصحبوا الحال في الزوجية وخفيت
عليهم البينونة ومنها ما اذا ادي المكاتب بدل الكتابة ثم ادعي
العتق قبل الكتابة لانه يخفي عليه فيعلم به بعد الكتابة ومنها
ما اذا اقر له بالرق ثم ادعي عليه بالعتق كذلك ومنها ما اذا
استاجر دارا ثم ادعي ملكها علي الموجر وانها صارت الي المستاجر
من ابيه اذ هو مما يخفي ومنها اخو الزوجة اذا ماتت فقاسم الزوج
الميراث ثم ادعي انه كان طلقها ومنها ما اذا اختلعت المراة من
زوجها بمال ثم ادعت انه كان قد ابانها قبل ذلك فتسمع دعواها
فترجع ببدل الخلع ومنها ما اذا اشتري ثوبا مطويا في جراب
او منديل او غير ذلك فلما نشره قال هذا متاعي سمعت دعواه
وقبلت بينته فالدعوي مسموعة في جميع ذلك لموضع العذر علي
الراجح المفتي به ومن المشايخ من اعتبر التناقض مطلقا فمنع
سماع الدعوي اذا تقدم ما يناقضها الا في مسئلة الرضاع ومسئلة
اكذاب القاضي المدعي في التناقض السابق كما قررناه وهل يشترط
في صحة سماع هذه الدعاوي ابداء المدعي عذره عند القاضي
والتوفيق بين الدعوي وبين ما سبق أو لايشترط ذلك ويكتفي
بامكان العذر والتوفيق موضع نظر وخلاف والذي ينبغي اشتراط

الاول وفي القديوانه الاصح

ذلك حتي ينتفي ظاهر التناقض وتسلم الدعوي من المعارض
ومن شروط صحة الدعوي ان يكون المدعي به مما يحتمل الثبوت
بان لا يكون مستحيلا عقلا او عادة فان الدعوي والحال
ما ذكر ظاهرة الكذب في المستحيل العادي يقينية الكذب
في المستحيل العقلي مثال الدعوي بالمستحيل العادي دعوي
من هو معروف بالفقر والحاجة وهو ياخذ الزكاة من الاغنياء
علي اخر انه اقرضه مائة الف دينار ذهبا نقدا دفعة واحدة
وانه تصرف فيها لنفسه ويطالبه برد بدلها فمثل هذه الدعوي
لا يلتفت اليها القاضي ولا يسال المدعي عليه عن جوابها
ومن شروط صحة الدعوي ايضا اشتمالها علي المطالبة
ولا يشترط خصوص هذه اللفظ بل الشرط ما دل علي
ذلك فان قال أَدَّعِي أَنَّ لِي قِبَلَه كذا واقتصر علي ذلك
لا تسمع الدعوي حتي يتم فيقول وانا اطالبه به او اريد اخذه
منه او أَنْ يُؤَدِّيهِ اِلَيَّ وما اشبه ذلك وفي المبسوط رجل
ترك الدعوي ثلاثة وثلاثين سنة ولم يكن له مانع من الدعوي
ثم ادعي لا تسمع دعواه لان ترك الدعوي مع التمكن يدل علي
عدم الحق ظاهرا والمفتي به تعديل الشهود سرا وجهرا في كل
حادثة فان اكتفي القاضي بتعديل السر جاز ولا يعتمد
علي ظاهر العدالة والذي قال به الامام في ذلك انما هو

بحسب

الدعوي بالمستحيل العادي غير صحيحة

بحسب زمانه حيث كان الغالب علي اهله العدالة والحكم
للغالب واما الآن فالسكوت اولي ولا يجوز ان يشهد بما
لم يعاينه الا في الامور الستة فانها تعتمد فيها الشهرة
التي تفيد العلم او الظن حيث اخبره من يثق به وقد يفيد
خبر الواحد العلم اذا احتفت به القرائن المحققة لمضمون
الخبر كالاخبار بقتل زيد مع ظهور امارات ذلك كتسارع
الناس الي داره وما اشبهه والامور الستة النسب والموت
والنكاح والدخول وولاية القاضي واصل الوقف واما
شروطه فالصحيح انه لا تسمع فيها الشهادة بالاستفاضة
والقاضي اذا اتهم الشهود فله ان يفرقهم عند اداء الشهادة
ويسالهم اين كان ومتي كان فان اختلفوا اختلافا يرتاب منه
رد شهادتهم والا فلا وتصميم المدعي عليه علي السكوت انكار
ولو قال لا اقر ولا انكر فالراجح انه انكار وتسمى التحليف لا يجري
في حد الا في حد القذف في ظاهر الرواية ووجهه ان فيه حق العبد
وان كان الغالب حق الله الا ان هذه الغالبية ليست قطعية
اذ من المجتهدين من غلب فيه حق العبد فجوز ان يورث ويعفي
عنه والاستحلاف لا يجري فيما لو اقر به لم يعتبر اقراره مثاله
عبد في يد رجل ادعاه اثنان فاقر به ذو اليد لاحدهما
وقال لاخر لا بينة لي واراد تحليف ذي اليد فانه لا يحلف في

القاضي اذا ارتاب في الشهود فرقهم
ويسالهم فان اختلفوا اختلافا
يرتاب منه رد شهادتهم

عين العبد لما انه لو اقر به والحالة هذه لم يعتبر اقراره لما
ان الحق يثبت فيه للمقر له اولا ولو ادعي عليه قيمة العبد بحكم
انه اتلفه عليه باقراره به لغيره ساغ له تحليفه انه ليس له عليه
ردّ قيمته لما انه لو اقر انه اتلفه عليه بذلك الاقرار لزمه له القيمة
هكذا قالوا وينبغي ان يقيد قولهم لم يعتبروا اقراره بالحالة
الراهنة اذ يمكن اعتباره في الزمن المستقبل كما اذا كان المقر
له قريبه فمات منحصرا لارث فيه او انتقل الي ذي اليد بطريق
البيع او الهبة او غير ذلك ولو ادعي الوارث وديعة في التركة
فجحدها والتركة مستغرقة بالدين لا يستحلف لانه لو اقر له بها
لم يعتبر اقراره ثم المدعي به اما مطلق عن السبب او مقيد به
فالتحليف في الاول علي نفس المدعي به وذلك ظاهر كما لو ادعي هذا
العبد الذي في يده او مالا متعينا في ذمته ولم يذكر السبب
ما هذا العبد له ولا له قبله او في ذمته هذا المال ولا شيء منه
واما اذا ذكر المدعي السبب فالصحيح المفتي به انما يحلف علي
الحاصل فلا يستحلف انه باع او ما غصب او ما نكح او ما طلق
او ما استعار او ما استودع الي غير ذلك وانما يستحلف انه
ما يستحق قبله هذا المال او ما بينهما نكاح قائم الآن في هذه
العين او ما يستحق عليه رد هذه العين او ما بينهما نكاح قائم
في الحال او ما هي بائن منه الساعة بما قلت ومن المشايخ من

فوض ذلك الي راي القاضي العدل العالم علي ان ذلك
مشروط بما اذا لم يمتنع المدعي عليه من الحلف علي السبب
معتذرا بقوله قد يقترض الانسان ويوفي وقد يغصب
ويرد وانا لا احلف علي السبب واذا كان كذلك فلا يحلف
علي السبب قولا واحدا نعم يحلف المدعي عليه علي السبب دون
الحاصل اذا كان السبب مختلفا فيه بين العلماء والمدعي عليه
لا يري انه سبب كما اذا ادعي الدار بشفعة الجوار والمدعي عليه
شافعي المذهب او المراة المطلقة بائنا بنفقة العدة والمطلق
شافعي المذهب فانه يحلف ما اشتريته هذه الدار وما هي بائن
منك والوجه ظاهر اذ الشافعي يحلف علي الحاصل في ذلك علي
ما يراه فيفوت علي المدعي حقه حيث لا بينة فاذا حلف انه ما يستحق
عليه اخذها بالشفعة ولا يستحق عليه المراة النفقة والحال انه
اشتري الدار وابان امراة بالطلاق كان بارا في معتقده
وههنا بحث نقريره ان الظاهر من هذه العبارة ان الحنفي فيما
ذكر انما يحلف علي الحاصل وفيه نظر اذ من الجائز ان يحلف
علي الحاصل بعد اضمار تقليد الامام الشافعي في ذلك فالاولي
ان يحلف علي السبب الخلافي دون الحاصل فانما واما السبب
الذي لا يرتفع برافع فالتحليف عليه سائغ اتفاقا كالعبد
المسلم اذا ادعي العتق علي مولاه فانه يحلف ما اعتقه بخلاف

العبد الكافر لانه يجوز ان يملك ثانيا بعد العتق بان
يعتق ثم يلحق بدار الحرب ثم يغنم **الفصل السابع** في
هل يشترط لنفوذ القضا على المخالف علم القاضي
بالخلاف في المحكوم به اختلفوا فيه ورجح غير واحد انه ليس
بشرط فينفذ على المخالف علم القاضي بالخلاف في المسئلة
اولم يعلم واذا قضى المقلد على ظن انه مذهب مقلده واما
فتبين خلافه وانه غير مذهب الا انه مذهب مجتهد اخر ممن
يعتبر اجتهاده قالوا ينفذ وهل له نقض حكم نفسه في هذه
الصورة فيه خلاف واما غيره فليس له نقضه واما اذا قضى
مخالفا لمذهبه ناسيا فانه ينقض عند الامام احمد رحمه الله وان تعمد
ذلك ففي نفاذه عنه روايتان وعندهما لا ينفذ مطلقا في
الصورتين وهو المفتى به ثم الاختلاف بين العلماء يكون
في الحكم نفسه وفي المحكوم به وفي الطريق وقد يقع الاتفاق
على كل منها فتصير الاقسام ستة وهذه الاقسام بالنظر الى
كل واحد منها على الانفراد ولها تقسيم اخر من حيث الاجتماع
وذلك ان الامور الثلاثة المذكورة قد تكون وفاقية في القضية
الحكمية وقد يكون الحكم خلافيا والاخران خلافيين وكذا الكلام
في المحكوم به وفي الطريق فتصير الاقسام ثمانية فسبعة منها
خلافية وقسم واحد وفاقي فاما كون الحكم نفسه خلافيا

فمثاله

الفصل السابع

فمثاله قول القاضي ثبت عندي اذا اراد به الحكم فان ذلك
يكون حكما خلافا للشافعية واما كون المحكوم به خلافيا
فغني عن البيان ومن احتاج الى بيانه فلا ينبغي له النظر في
هذه الاوراق واما كون الطريق خلافية فكقيام البينة
بالسماع الفاشي والشهرة في غير الامور الستة وكذا الشهادة
على الشهادة بدون اشهاد الاصول الفروع فان الحنفية يشترطون
ذلك في اعتبارها بان يقول الاصلي للفرعي اشهد على شهادتي
بذلك والا فلا تقبل من المدعي الى غير ذلك من طريق الحكم
المختلف فيها بين اهل الاجتهاد والقضا والطريق اذا
كانا وفاقيين وكان المقضي به خلافيا نفذ الحكم على المخالف
بلا خلاف وانما الكلام فيما اذا كان القضا والطريق خلافيا
قالوا القضاء المختلف فيه يحتاج في نفوذه على المخالف الى امضاء
قاض اخر اذ معناه الحكم بصحته واعتباره كما ان المحكوم به
اذا كان مختلفا فيه قبل الحكم فان الحكم يصيره كالمتفق عليه
من حيث نفوذه على المخالف فامضاه القاضي الثاني لذلك
الحكم المختلف فيه فاعتباره اياه ماضيا يصيره متفقا
عليه اذ هو بمنزلة الحكم بصحته ولو صرح القاضي الثاني
بذلك كان اولى واظهر في النفوذ ومثاله قول القاضي ثبت
عندي كذا اذا اريد به الحكم لا ينفذ على المخالف حتى ينفذ

قاض اخر يري انه حكم او يحكم بصحة طريقه ولكن الطريق
لكون الحكم ليصير محكوما به في حصوله صعوبة وان كانت ممكنة
اذ من الجائز ان يتنازعا في ذلك عند القاضي بان يكون
المحكوم به خلافيا وقد حصل فيه الحكم بتلك الصيغة المخصوصة
الخلافية فيترافعان الي قاض اخر علي مذهب القاضي الاول
ويدعي المدعي علي الخصم بما حكم به علي ذلك الوجه فيقول
المدعي عليه لايلزمني ذلك لان ما صدر من القاضي ليس
بحكم فيقول المدعي بل هو حكم فيتوجه القاضي الثاني حينئذ
ان يحكم بكونه حكما صحيحا نافذا بعد استيفاء ما لابد منه
في الحكم وفيه نظر اذ المفروض اتفاق القاضيين في المذهب
فاذا ترافع اليه الخصمان قضي بينهما بعض الدعوي وهو
ذلك المدعي به وارتفع الخلاف واي ضرورة تدعو الي القضاء
بصحة ذلك القضاء وقد يمكن من ان يقضي في المسئلة
بقضاء متفق عليه الا ان يكون موافقا للقاضي الاول في
القضاء وان هذه الصيغة من صيغ القضا غير موافق له
في المقضي به فحينئذ يصح له الحكم بصحة الحكم وربما يتعذر
قيام الحجة بالمقضي به فيتوجه للقاضي الموافق حينئذ ايضا
القضاء المختلف فيه واذا تقرر هذا فيتفرع عليه امر الطريق
المختلف فيها والكلام فيها كالكلام في القضاء من حيث احتياج

القضاء

القضاء المستند اليها في النفوذ علي المخالف الي امضاء قاض
اخر يري ذلك الطريق حجة ويقول بصحتها او الي الحكم بصحتها
واعتبارها وكذا اذا كان كل واحد من القضاء والطريق خلافيا
وكذا اذا كان كل من الاطراف الثلاثة خلافيا واذا كان الامر
كما ذكر في صورة ما اذا كان الحكم وحده خلافيا ففي الصورتين
الباقيتين اولي واظهر واما اذا كان المحكوم به خلافيا
وكل من الحكم والطريق وفاقيا فالحكم قطعا نافذ علي
المخالف من غير حاجة الي امضاء قاض اخر فان قيل هل
يجوز للقاضي الاول ان يحكم بصحة الفعل الصادر منه المختلف
فيه او الطريق الواقعة عنده المختلف فيها او يمضي ذلك
ويكون هذا رافعا للخلاف في ذلك لا يحتاج في نفوذه علي
المخالف الي قاض اخر ام ليس له ذلك فالجواب انه لا يجوز
ذلك لانه غير ممكن شرعا اذ القاضي لا يقضي لنفسه
بالاجماع واعتبار ذلك الحكم والطريق والحكم به امضاء لفعل
نفسه وحكم بصحة فعل نفسه فيكون لاغيا فلا بد من قاض
اخر والمالكية يثبتون بطريق الشهادة علي الخط ويقول
الموثق في التسجيل ثبت ذلك عند القاضي بالطريق المذكورة
وحكم بصحة الثبوت بطريق الشهادة علي الخط وفيه ما هو
ظاهر لانه اما ان يريد خصوص ذلك الثبوت فهو فعله واما

ان يريد كل ثبوت حصل بالطريق المذكورة فالحكم لايكون كليا
وانما يكون جزئيا وايضا فهذا عام فعل لنفسه من افراده
وان اراد حقيقة الثبوت مع قطع النظر عن الافراد فهذا شيء
لايدخل تحت القضا وهذا البحث متوجه علي اصولنا وقد
يتخرج صحة ذلك علي اصولهم الاان علماءنا نقلوا الاجماع علي
ان القاضي لايجوز له ان يقضي لنفسه ولا عليها ومن المالكية
من لايفعل ذلك ويرفع الحادثة الي قاض اخر مالكي فيحكم بصحة
الطريق فيتم المطلوب علي الوجه الوفاقي وانما اوردت ذلك
عن المالكية ليعلم ان القضاء والطريق المختلف فيه يحتاج في الحق
الاعتبار والامضا ثانيا وان هذا المعني ليس مما انفرد به الحنفية
وعلي هذا اذا قضي القاضي الشافعي في حادثة بالشاهد
واليمين يحتاج في النفوذ علي الحنفية الي قاض اخر يعتبر صحة
ذلك ويمضيه وكتبت علي سؤال صورته ما معني قول علمائنا
رحمهم الله وههنا شرط لنفاذ القضاء وهو ان يصير الحكم
حادثة فالمراد بالحكم ههنا هل هو حكم المسئلة في حد ذاتها
المذكور في كتب الفقه الذي هو مورد القضاء والمحكوم به او المراد
به قضاء القاضي وما المراد بكونه يصير حادثة فاجبت
معني هذا الشرط ان القضاء في حقوق العباد لابد فيه من الخصومة
الشرعية فان قضي بدونها لم ينفذ كما اذا اقامت البينة لشخص

سؤال

بحق

بحق علي اخر عند قاض فقضي بذلك الحق بتلك الحجة بدون
منازعة ومخاصمة شرعية وتداع بينهما لم ينفذ قضاؤه
فمعني صيرورته حادثة ان يكون في حادثة من باب تسمية
الجزء باسم الكل اذ الحادثة عبارة عن التداعي الذي هو
الخصومة الشرعية واقامة الحجة وما يتبع ذلك وما يترتب
عليه وهو الحكم وهو الجزء الاعظم فيها والمطلوب الاهم
منها وعلي هذا فالمراد بالحكم من قول علمائنا هو القضاء
وان اريد بالحكم حكم المسئلة الذي هو مورد القضاء فله ايضا
وجه اذ لابد في الحادثة منه مثلا الحكم الشرعي في مسئلة
الشفعة ثبوتها للجار ولا يصح القضاء بذلك حتي يصير ذلك
الحكم حادثة بان تقع فيه الخصومة والوجه الاول اوجه وقد
ظن بعضهم ان المراد بذلك ان القضاء بعد وقوعه لا ينفذ
حتي يصير حادثة بان يحصل فيه تنازع عند قاض اخر يري
صحته فينفذه ويمضيه وهو ظن فاسد لايلزم منه ان القضا
لاينفذ حتي يتفق فيه ذلك وهو خرق الاجماع الا ان يريد
صاحب هذا الظن بقوله ذلك القضاء المختلف فيه فيصح
ما ذكره علي حدته الا ان ما ذكره علماؤنا وجهه ما ذكرناه
وقد نقلت فرعا من المذهب صورته ادعي عليه بكذا لما انه
اقر له به لايقبلها القاضي ولا تسمع هذه الدعوي علي الصحيح

المفتي به وانكره بعض علماء الشافعية من حيث الوجه
فعللته بما ذكره مشايخنا من ان الاقرار اخبار لا سبب
للزوم المقر به علي المقر والمفروض ان المدعي علل وجوب
المدعي به علي المقر بالاقرار فكانه قال لطالبه بما لا سبب
لوجوبه عليه او للزومه الا اقراره وهذا الكلام باطل وقد صرح
علماونا بانه اذا كان يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له تناول
المقر به فذكر ذلك الشافعي ان مذهبهم سماع هذه الدعوى
قولا واحدا في كلام طويل فراجعت منقول علمائنا فوجدت
في المسئلة خلافا وان المفتي به انها لا تسمع كما ذكرت وان الخلاف
في المسئلة انما جاء من الخلاف في اصلها وهو ان الاقرار هل
هو باق في الشرع علي معناه الاخباري فلا يكون سببا
لاشتغال ذمة الغير بما اقر به او هو انشاء المعنى فيكون
سببا لذلك فمن جعله سببا سوغ هذه الدعوى ومن جعله باقيا
علي معناه الاصلي الاخباري لم يجوز سماعها وعليه الجمهور وجميع
المتاخرين وهو الصحيح المعمول به البين الوجه وقد اطنب
في تحقيقه المتاخرون ثم راجعت بعد ذلك بعض من اثق به
من علماء الشافعية في المسئلة فلم يوجد النزاع منقولا لهم الا ان
كلمة ائمتهم اتفقت علي ان الاقرار اخبار محض ولا قائل عندهم
بكون هذه الدعوى مردودة عندكم قولا واحدا من غير خلاف

فان

فان الخلاف عندنا انما جاء من الخلاف في الاصل المذكور فافرقني
علي ذلك من راجعته ثم رايت بعد ذلك في كلام الغزي منهم
ما يشهد لذلك ثم ما يفعله بعض الموثقين ويظنه طريقا الي الحكم
ويقره بعض القضاة عليه من قوله في الدعوى كل منكما يدعي
ان الامر جرى بينه وبين الاخر علي ما نص وشرح في هذا
المكتوب ولكل منكما بينة تشهد له بما ادعي فيقول المتشاهدان
نعم او لذا نقول اشهد والنا[ن] نعلمون فتودي الشهود شهادتهم
عند القاضي بما تحملوه من مضمون ذلك المكتوب ثم يستوفي
القاضي من البينات بتلك الدعوى ما لا بد منه في الحكم ثم يحكم
فليس بشي وليس بتدافع فضلا عن ان توصفه بصحة او
فساد وكذا الكلام فيما يترتب عليه مما يسمونه حكما لا وجود
له واذا رفعت الحادثة الي المخالف فله ان يقضي بمذهبه ولا
يلتفت الي ذلك الحكم السابق وقد اتفق ائمة الحنفية والشافعية
علي انه يشترط لصحة الحكم واعتباره في حقوق العباد الدعوى
الصحيحة المسموعة شرعا وانه لا بد في ذلك من الخصومة الشرعية
وان اختلفوا في تفصيل ما وراء ذلك وما تحته من الجزئيات
ولم يقل احد ان حكاية حال المتشاهدين فيما صدر منهما علي سبيل
التفصيل فضلا عن الاجمال نزاع ولا خصومة ولو صدر ذلك
بلفظ ادعي هذا فيما شرح فيه الحال فكيف بما وقعت الاشارة

اليه علي سبيل الاجمال وابن النزاع الذي يرفعه القاضي بقضائه
والخصام الذي يقطعه الحاكم بحكمه وهل هذا الا من التهور والاقدام
والتهاون بالامور الشرعية والقضايا الحكمية بل ابلغ من ذلك
اذا حصلت الدعوي المسموعة بحسب الصورة وكان القاضي يعلم
ان باطن الامر ليس كظاهره وانه لا تخاصم ولا نزاع في نفس الامر في ذلك صح
بين المتداعيين حرم عليه سماع الدعوي ولا يعتبر القضاء المترتب
عليها ولا يصح الاحتيال لحصول القضاء بمثل ذلك اذا كان
القاضي عالما بحال هذه الدعوي واما اذا لم يعلم عذر ونفذ قضاؤه
ولعمري هذا شيء عمت به البلوي وبلغت شهرة اعتباره عند العيان
الغاية القصوي ومن هذا الجنس قول الموثق للمتشاهدين وكلتما
في ثبوت ذلك وطلب الحكم وسؤال الاشهاد كل مسلم فيقولان نعم
ثم يحضر الموثق ورفيقه عند القاضي لاجل الثبوت فينصبان وكيلين
ويشهدان لهما بالتوكيل ثم تقع الدعوي بينهما ويحكم القاضي
فهذا التوكيل باطل علي هذا الوجه والشهادة لهما بالتوكيل عند
القاضي بناء علي ذلك التحمل باطلة والقاضي ان علم بذلك فقضاؤه
باطل وان لم يعلم فقضاؤه صحيح ومن الناس من يكتفي في تحمل الشهادة
بالتوكيل بلفظ التوكيل فقط من غير ذكر وكيل عام او خاص فيقول
عند التحمل وكلتما في الثبوت وطلب الحكم وسؤال الاشهاد مقتصرا
علي ذلك وهو ابلغ مما قبله والذي راه بعض المتاخرين انه اذا

خصص اولا ثم عمم صح بان يقول مثلا وكلت زيدا وعمرا
وكل مسلم وفيه نظر لان الظاهر انه اخذ من كتاب القاضي
الي القاضي فانهم قالوا لو قال القاضي في كتابه الي كل
من يصل اليه من قضاة المسلمين لا يصح فلو عين قاضيا
اولا ثم عمم صح والفرق بين مسئلة الكتاب ومسئلة
الوكالة ظاهر اذ الوكالة من العقود الشرعية التي تعتمد
تعيين المتعاقدين وتشخصهما لتحقيق وجود العقد الشرعي
كما في سائر العقود بخلاف الكتاب فانه ليس بعقد شرعي
وانما المقصود منه العمل بمضمونه فيجوز ان يكتب الي كل من
يصل اليه من قضاة المسلمين لانهم لم يجوزوا ذلك ابتداء
بل اعتبروا تقدم التعيين والتشخص في المكتوب اليه حتي
ترتفع الجهالة المطلقة ثم اذا قال المدعي ادعي علي انه
كتب لي مسطورا بكذا فهو بمنزلة قوله ادعي انه اقر لي بكذا
فان لم يعلله بان السبب هو ذلك الاقرار وتلك الكتابة
سمعت دعواه اذا ضم الي ذلك المطالبة كما تقدمت الاشارة
اليه ثم لا يجوز ان يحلف انه ما كتب له عليه مسطورا وما
اقر له به قولا واحدا لان الكتابة حكاية دال الاقرار والصحيح
انه ليس بسبب وقد علمت الحكم في الاسباب الشرعية
المتفق علي سببيتها وان الصحيح انه لا يحلف عليها فكيف

سببيتها قول مرجوح وكيف الحال فيما هو حكاية حال ذلك
المعني خطأ و المفتي به ان القاضي اذا قال لم اقض وقال
الشهود قضي كان القول قول القاضي و الجلواز الذي
يقف بين يدي القاضي ويقال له النقيب وصاحب المجلس
وقال بعض الظرفا من المشايخ ينبغي ان يكون سيئ الادب
ليمنع الناس من اساءة الادب فتبيل الخير بالخير يصنع
والشر بالشر يدفع وللقاضي تعزير الخصم وارداعه
بما يليق به في مواضع منها ما تقدم ذكره من اساءة الادب
في مجلس الحكم ومنها تمرد الغريم بامتناعه عن الحضور
الي مجلس الحكم الا لعذر اذا طلب وله ان يعاقبه ويستعين
في ذلك بصاحب الشرطة واعوانه وينبغي ان لا يستعين
بهم اذا كان الغريم فقيرا لما فيه من اغرامه المال وهل
للمدعي ان يطلب غريمه من السلطان او حكام السياسة
منهم من جوزه ومنهم من منعه والمختار التفصيل وهو ان
يطلبه ابتدا من القاضي فان تعذر اخذ القاضي له بحقه
بسبب من الاسباب وهي في هذه الاوان كثيرة طلب غريمه
من السلطان او نائبه والا فليس له ان يطلب منهم ابتدا وهو
تفصيل حسن وبه يفتي ويتفرع علي ذلك انه اذا طلبه
الي حكام السياسة ابتداً فاغرمه الاعوان مقدارا زائدا

الذي يقف بين يدي القاضي

علي

علي ما ياخذه رسول القاضي في العرف الزم الطالب المطلوب
بتلك الزيادة وهاهنا فروع شتي نختم بها هذا الفصل
منها ان المحكم يجوز عزله قبل ان يحكم بينهما ومنها ان المفتي
به ان القاضي لا يقضي بعلمه الا بما علمه في حقوق العباد
التي تثبت بالشبهات وما يسقط كالقصاص وحد القذف
ولا يقضي في الحدود الخالصة لله تعالي نحو حد الزنا والسرقة
وشرب الخمر في حال ولايته ومحلها فاذا علم بشي قبل
الولاية او في الولاية في غير محل الحكم لا يقضي به ومنها
ان كتاب القاضي الي القاضي انما يكون بنقل الشهادة
لا بالحكم الا ان يكون الحكم في وجه المدعي عليه او نائبه ومنها
ان القاضي لا يقضي في العقار الذي في غير ولايته وقيل
له ذلك ومنها انهم قالوا قضاء العدل العالم لا يتعقب ويحمل
حاله علي السداد بخلاف قضاء غيره وينبغي ان يعلم
ان محل ذلك ما اذا لم يقع فيه خصومة عند قاض اخر اما
اذا تبين وجه فساده بطريقه فللقاضي الثاني نقضه ومنها
اذا باع بثمن حال ثم قال للمشتري رضيت ان اخذه منك في
كل جمعة كذا او في كل شهر او بعد سنة الي غير ذلك لا يكون
ذلك تاجيلا وكتبت علي سوال حاصله قال الموثق اقر ان
الباقي قبله لمن كذا وكذا كذا درهما يقوم المقر للمقر له بذلك

هل يقضي القاضي بعلمه اولا

في كل شهر كذا او اخر الاقساط ما بقي حسبما اتفقا وتراضيا
علي ذلك ثم اقر كل منهما لا يستحق علي الاخر شيا قل ولا
جل سوي الدين المذكور علي حكمه فاجبت هذا تاجيل
لازم لوجهين الاول ان لوصف الدين بما ذكر من المقر وتصديق
المقر له عليه دليل التاخير فدخول التراضي والاتفاق هو
التاجيل ومتعلق الرضي في الفرع السابق هو اخذ المال
علي ذلك الوجه ولا يلزم منه ان الداين اخره عن المديون
حتي يثبت التاجيل فافترقا والثاني ان قوله لا يستحق
عليه شيا سوي الدين المذكور علي حكمه ظاهر جدا في التاجيل
لانه لو استحقه علي الصفة الاولي كذب العموم الاستثنائي
ومنها انه لو ابراه ابرا مطلقا واقر انه لا يستحق عليه شيا ثم ظهر
بعد ذلك ان المقر له كان قبل الابرا والاقرار مشغول الذمة بشي
من متروك ابي المقر ولم يعلم المقر بذلك ولا بموت ابيه الا بعد الاقرار
والابرا لم تكن المطالبة بذلك ويعمل الاقرار والابرا عملهما ولا
يعذر المقر ولا المبري في ذلك وقالوا لو وقع بينهما عقد
الصلح وتسلم بدل الصلح وكتب الصك بذلك وبالاقرار بعدم
الاستحقاق والابرا العام ثم ظهر بعد ذلك فساد الصلح
بطل الاقرار والابرا المرتب عليه قالوا والحيلة في عدم بطلانه
بفساد الصلح ان يقول الموثق ابراه ابرا مستقلا غير داخل

تحت

تحت هذا الصلح والفرق ان الابرا في الفرع الثاني مسندا
الي عقد ظاهر الصحة فيبطل ببطلانه بخلاف الاول ومنها
ان الدين المحيط بالتركة مانع من نفوذ الاعتاق والانفاق
والوصية بالمال والمحاباة في عقود العوض في مرض الموت
الا باجازة الداينين وكذا المنع من انتقال الملك الي الورثة
فيمنع تصرفهم الا بالاجازة والوارث اذا قال تركت حقي من
التركة لا يبطل حقه والغانم اذا قال قبل القسمة حتي يبطل تركت صح
حقه وكذا اذا قال المرتهن تركت حقي من احتباس الرهن
يبطل حقه والفرق ان الملك لا يبطل بالترك والحقوق
التي ليست بملك تبطل بالترك وعلي هذا فالترك في
الشفعة والشرب ونحو ذلك مسقط للحق واذا سقط الحق
في الشفعة بالامر العدمي كتركت الاشهاد مع القدرة مع
السكوت فلان يبطل بصريح اللفظ اولي قضا دين غيره
بغير امره يخرج المال من ملك القاضي الي ملك الداين ولا
يدخل في ملك المديون فاذا زال السبب رجع المال الي ملك
من دفعه لا الي ملك من دفع عنه مثاله اشتري بثمن في
الذمة فقضي الثمن عنه متبرع ثم تقايلا رجع الثمن الي
ملك من قضاه متبرعا فلو كان بامر المديون ثم زال السبب
رجع الي ملك الآمر لانه والحال ما ذكر خرج من ملك الدافع

وقت الدفع الي ملك الامر ثم الي ملك الداين وكان المامور
نائبا عن الآمر في الدفع مستحقا عليه بدل المال المدفوع
اذا وهب الدين من الكفيل سقط عنهما ولو ابراه لم يسقط
عن الاصيل وكذا لو مات فورثه احدهما وفي هبة الدين من
الكفيل نظر لانهم منعوا هبة الدين من غير من عليه الدين
وقالوا في الكفالة انها ضم ذمة الي ذمة في المطالبة لا في
الدين والجواب ان اتحاد الذمتين في المطالبة بالدين عند
به ان الدين في ذمة الكفيل بناء علي انهما واحد مع فوات
المانع في هبة من الاجنبي كيف وقد قال البعض الضم في
الدين لو ابرا الداين الاصيل فرد الابرا صح الرد وللداين
بعد ذلك المطالبة وهل يصح الرد في حق الكفيل اختلفوا
فيه وموت المورث بعد الابراء قبل الرد او القبول قبول جارية
في يد رجل ادعت انها حرة الاصل وانكرت اقرارها وذو
اليد يدعي رقها واقرارها له به القول لها ويقضي بحريتها
اقر ان لفلان بن فلان الفلاني في قبيلة كذا فجاء من له هذا
الاسم والنسب وادعي المال فقال المقر اردت به غيرك
ممن اسمه ونسبه صدق قضاء بخلاف ما اذا ادعي عليه وجاء
بكتاب القاضي وفيه اسمه ونسبه فقال لست بصاحب
هذا الاسم والنسب وفي الناس من اسمه ونسبه كذلك

غيرك

غيرك حيث لا يكون القول له ويقال له اقم البينة بذلك والا
الزمناك المال اذا جاءت الفرقة من قبلها عاد كل المهر الي ملك
الزوج اذا كانت الفرقة قبل الدخول وكذا لو تبرع به متبرع
عاد كل المهر الي ملك المتبرع ولو طلقها قبل الدخول عاد نصف
المهر الي المتبرع لا الي الزوج فالدار المستاجرة اذا انهدمت
فاعيدت لا تنفسخ الاجارة ويتسلمها المستاجر ثانيا ولا
خيار له ويسقط من الاجرة بحسب ما فات من الانتفاع
في المدة والسفينة اذا انقضت وصارت الواحا في مدة الاجارة
ثم اعيدت لا يجبر المستاجر علي التسليم والفرق بقاء الاسم في
الدار دون السفينة اذا اكتري جملا الي مكة ثم اشتري لنفسه جمالا
فهو عذر ينفسخ بالاجارة ولو اكتري جملا ثم بدا له ان يذهب
علي بغل فليس له ذلك بعذر السلطان اذا جعل مملوكه اميرا
علي بلد وجعل له ان يقلد القضا فولي قاضيا صح ولو قضي
ولو قضي هو او امير غيره جاز
ذلك الامير لم يصح قضاؤه وهذا ما اردنا بيانه من احوال
الاقضية الحكمية وما اوردناه من الفروع في هذا الفصل فانما
هو علي سبيل الاستطراد وتكثير السواد والداعي الي ذلك فضل
البياض انتهت هذه الاوراق بعون الله وكرمه وحسن توفيقه
والحمد لله رب العالمين والصلاة
والسلام علي اشرف المرسلين
سيدنا محمد واله
وصحبه اجمعين
وسلم
امين

الدار المستاجرة اذا
انهدمت لا تنفسخ الاجارة
والسفينة اذا صارت الواحا
تنفسخ

اكتري جملا ثم اشتري
لنفسه جملا اكتري جملا
ثم اراد ان يذهب علي
بغل